

Lucas Bergkamp, *Liability and Environment. Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*

The Hague: Kluwer Law International 2001, xxv + 708 p., € 206,02, ISBN 904 111 6451.

Algemene indruk van het boek

Met dit Engelstalige boek beoogt Bergkamp de structuur van aansprakelijkheidsregimes met betrekking tot milieuschade te analyseren vanuit theoretisch en conceptueel perspectief. Aan de hand van acht hoofdstukken behandelt Bergkamp een aantal kernthema's in het milieuaansprakelijkheidsrecht. Twee inspiratiebronnen staan daarbij centraal: rechtstheorie en rechtseconomie. Na een inleidend hoofdstuk, waarin een these wordt geformuleerd, geeft hoofdstuk 2 een overzicht van wat Bergkamp 'Cross-Border'-milieuschade noemt, hoofdstuk 3 een 'instrumental analysis', hoofdstuk 4 een overzicht van civiele en internationaalrechtelijke overheidsaansprakelijkheid, en hoofdstuk 5 een kritische analyse van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten van milieubeleid. In hoofdstuk 6 wordt de centrale these nader onderbouwd en worden de grondtrekken van een ideaal systeem van milieuaansprakelijkheid geschetst. Hoofdstuk

7 is getiteld 'Current Issues in National and International Environmental Law', terwijl hoofdstuk 8 'Market and Government Failure' als opschrift draagt.

Bergkamp heeft een boek geschreven dat van durf, belezenheid en creativiteit getuigt. Maar het boek heeft ook minder goede kanten. Zo neigt het op bepaalde plaatsen naar eclectische etalage van kennis, en dat spreekt mij persoonlijk niet aan.¹ Een belangrijker minpunt van het boek is de soms onevenwichtige compositie. Puur beschrijvende delen worden afgewisseld met vinnige betogen,² en sommige delen geven het boek meer het karakter van een 'capita selecta' dan van een uitgebalanceerd geheel. Van sommige delen kan bovendien niet of nauwelijks aannemelijk worden gemaakt dat ze met het woord 'liability' in de titel van het boek in verband staan.³ Ik vraag mij daarom af wat de auteur nu *precies* met dit boek voor ogen heeft gestaan, en gezien het voorwoord is dat het bereiken van een breed publiek (van gevorderde rechtenstudenten, wetenschappers, praktijkjuristen tot wetgevers en beleidsbepalers). Dat is vragen om problemen, zou ik denken. We hebben het hier immers over een boek dat naar Ne-

derlandse maatstaven behoorlijk omvangrijk is, en waarvan onwaarschijnlijk is dat het door alle doelgroepen van A tot Z gelezen wordt. Bovendien verwacht Bergkamp, zo lijkt mij, van de doorsnee Europese praktijk- en wetgevingsjurist meer (rechtseconomische) bagage dan deze in werkelijkheid heeft.

Ten aanzien van de keuze van bronnen kan ik kort zijn: een Engelstalig boek moet voor een Engels sprekend (juridisch) publiek interessant zijn, en dan moet de auteur meer te bieden hebben dan een Engelstalige analyse van het Nederlandse recht. Dat heeft Bergkamp zeker: hij put uit veel bronnen, waarvan met name de rechtseconomie kan worden genoemd.⁴ Waar het gaat om geldend recht en rechtstheorie, kent het boek echter een minder sterke diversiteit: met name Nederlandse en Amerikaanse bronnen worden aangeboord. Een prominenter plaats voor met name Engels en Duits recht zou, gezien het onderwerp, niet misplaatst zijn geweest.

Wat betreft de toegankelijkheid van de tekst, stelt de summary van het boek (p. 660) dat het in eenvoudige taal is geschreven en dat is getracht om juridische en technische termen achterwege te laten, zodat

1. Hoofdstuk VII.G fungeert wat dit betreft als apotheose: een veelvoud aan denkers, variërend van Hippocrates tot Hume, van Dworkin tot Descartes, passeert hier de revue. Het spijt me te moeten zeggen dat de functionaliteit hiervan mij ontgaat, ook die van verwijzing naar het boeddhisme (p. 557).

2. Hoofdstuk 4 (overheidsaansprakelijkheid) is bijvoorbeeld voornamelijk beschrijvend; hoofdstuk 3 (instrumentele analyse) is overwegend polemisch. Van hoofdstuk 2 valt bij-

voorbeeld het contrast op tussen enerzijds deel D, E-2 en anderzijds E-1 (inventariserend tegenover sterk opiniërend).

3. Ik wijs op hoofdstuk VII, dat razend interessante beschouwingen bevat (o.a. over 'rationality, science and uncertainty'), maar waarvan het verband met aansprakelijkheid niet in het oog springt, en dat meer het karakter van een annex of achtergrondstudie heeft. Ik wijs voorts op deel II.F.2 (waar Nederlandse rechtspraak met betrekking tot mi-

lieuaansprakelijkheid wordt behandeld), waarvan mij ook bij herhaalde lezing niet duidelijk is geworden wat de relevantie ervan precies is.

4. Dat neemt niet weg dat het leuk is om de verbanden tussen Schut, Borgo en Honoré (p. 127-128), Scholten en Keating (p. 142 e.v.), of tussen Bruins en Fletcher (p. 124) te zien.

elke lezer het kan begrijpen. Dat lijkt me een aanprijzing die het boek niet waarmaakt, alleen al omdat rechtseconomische noties ook in eenvoudige taal niet gemakkelijk tot leven komen en enige inwijding vooronderstellen. Bovendien gaat de eenvoud vaak ten koste van de nuance; het boek is hier en daar te kort door de bocht geschreven. Ik kom er hierna op terug.

Waar komt het betoog van de schrijver op neer? Bergkamp is een auteur met een missie. Hij wil de lezer overtuigen dat de ontwikkelingen in de milieuaansprakelijkheid te ver doorschieten. Die ontwikkeling is er voornamelijk een in de richting van risicoaansprakelijkheid, of algemener: meer aansprakelijkheid. En dat is in onze huidige maatschappij, waarin milieurisico's intensief worden gereguleerd door wet- en regelgeving, overbodig, onredelijk en contraproductief. De kritiek van Bergkamp, die als een lange draad door het hele boek gevlochten is, valt uiteen in een aantal samenhangende thema's: vervuilers worden nu gedwongen om tweemaal (of meermalen) te betalen; daarom moeten zij een beroep kunnen doen op publiekrechtelijke vergunningen om te vervuilen; de rol van het aansprakelijkheidsrecht kortom moet worden beperkt omdat er betere alternatieven zijn; risicoaansprakelijkheid is af te raden.

Doelstellingen van en rechtvaardiging voor aansprakelijkheid

Die kritiek bouwt Bergkamp op een uitvoerige analyse van de doel-

stellingen van aansprakelijkheidsrecht. Daartoe analyseert de schrijver het geldend milieuaansprakelijkheidsrecht vanuit de 'objectives', waarmee vooral wordt gerefereerd aan doelen die een maatschappij⁵ kan toedelen aan aansprakelijkheidsrecht, en vanuit 'justifications' voor 'strict liability'.⁶ Beide analyses pakken nadelig uit voor het aansprakelijkheidsrecht. Vrijwel alle theoretische onderbouwingen van het aansprakelijkheidsrecht blijken voor Bergkamp weinig overtuigend.⁷ Meer gecharmeerd is de schrijver van rechtseconomische verklaringen.

In dat verband komt aan de orde dat compensatie niet het uitsluitende doel van geldend aansprakelijkheidsrecht kan zijn: het compenseert niet alle benadeelden, het systeem is kostbaarder dan alternatieve mechanismen (zoals first party-verzekeringen)⁸, en het compenseert niet naar behoefte.⁹ Slachtofferbescherming kan dus ook geen doel zijn, en herverdeling van welvaart al evenmin.¹⁰

De werkelijke rechtvaardiging van aansprakelijkheid moet worden gezocht in voorkoming van schade, doordat het de 'cheapest cost avoider' tot zorgvuldigheid prikkelt, tot kosteninternalisatie leidt en spreiding van de kosten over de gebruikers van het schadelijke product.¹¹ Dat aansprakelijkheidsrecht daarmee verklaard kan worden, betekent voor Bergkamp niet dat het ook naar behoren functioneert. De prikkel van het aansprakelijkheidsrecht werkt alleen als op voorhand redelijk duidelijk is wat wel en niet

is toegestaan (p. 94), als causaliteitsketens simpel zijn en geen verlate prikkel door longtaailkarakter van de schade plaatsvindt. Hoofdelijke aansprakelijkheid leidt tot overmatige afschrikking (p. 93), bewijsmoeilijkheden bij diffuse veroorzaking leiden tot ondermaatse afschrikking (p. 93) en onbekende gevaren kunnen niet worden weggenomen met aansprakelijkheid. De rol van aansprakelijkheid bij voorkoming van schade is kortom beperkt. Bergkamp meent dat aansprakelijkheid altijd retrospectief van aard is en uit dien hoofde minder geschikt voor beïnvloeding van menselijk gedrag dan wettelijke regulering, dat van tevoren duidelijke normen stelt.¹² Bovendien is in onze moderne maatschappij die regulering zo prominent, dat de preventieve werking van aansprakelijkheid gemist kan worden (p. 90 e.v.). Kosteninternalisatie en -spreiding mag ook geen doel van aansprakelijkheid zijn, omdat er doelmatiger (publiekrechtelijke) instrumenten voor die doelen bestaan.¹³ En waar het gaat om schade aan *res nullius* en *res communes*, daarvan stelt Bergkamp kort en bondig dat die schade al maximaal gespreid is (iedereen lijdt haar) en dat spreiding daarvan geen rechtvaardiging voor aansprakelijkheid kan zijn.¹⁴

Vervolgens maakt Bergkamp een – naar mijn smaak te weinig expliciete – vervolgstap naar risicoaansprakelijkheid. Risicoaansprakelijkheid prikkelt volgens Bergkamp niet tot extra zorgvuldigheid, want ze maakt verantwoordelijk voor schade waarvan het niet efficiënt is

5. Het perspectief van Bergkamp wisselt overigens: in hoofdstuk V analyseert hij de verschillende instrumenten die een *staat* kan gebruiken om milieudoelen te verwezenlijken.

6. De theorieën die Bergkamp noemt als rechtvaardigingsgronden voor risicoaansprakelijkheid zijn overigens gedeeltelijk theorieën die schuld aansprakelijkheid voor ver-

hoogde gevaren beogen te verklaren.

7. Behandeld worden m.n. veroorzakingsbeginsel, gevaarstelling, profijtbeginsel, verantwoordelijkheidsbeginsel.

8. Bijv. p. 108.

9. Vgl. p. 96 e.v.

10. Bijv. p. 110–111.

11. P. 86 e.v.; p. 405.

12. Zie bijv. p. 14, p. 210 e.v. Aangetekend

moet worden dat Bergkamp de relevantie van aansprakelijkheidsrecht kennelijk vooral in schadevergoedingsacties gelegen acht (zie bijv. p. 212); verbods- en gebodsacties komen niet aan bod.

13. Zie bijv. p. 15 e.v., p. 211 e.v., p. 249.

14. P. 263.

(in de Learned Hand-zin)¹⁵ om deze te voorkomen.¹⁶ Dat veronderstelt overigens dat schuldaansprakelijkheid reeds tot een optimaal zorgniveau leidt en dat risicoaansprakelijkheid dat niveau altijd overtreft. Die laatste presumptie zou ik graag eens nader onderzocht willen zien op feitelijke juistheid, want ik zou niet willen uitsluiten dat risicoaansprakelijkheid in bepaalde gevallen juist de (informatie)tekorten van schuldaansprakelijkheid in dit opzicht wegneemt.¹⁷ Gedacht kan worden aan de stelplicht en bewijslast: een slachtoffer die schuldaansprakelijkheid wil inroepen zal in de regel moeten stellen en bewijzen wat er is gebeurd en waarom het is gebeurd, terwijl dat bij risicoaansprakelijkheid veelal niet nodig zal zijn. Daarmee is naar mijn mening nog niet gezegd dat risicoaansprakelijkheid eisen stelt die boven het efficiënte zorgniveau uitgaan. Bovendien kennen risicoaansprakelijkheden vaak, net als schuldaansprakelijkheid, een element van 'risk-benefit weighing',¹⁸ zodat ik ook in dit opzicht twijfels heb bij de vooronderstellingen van Bergkamp.

Bergkamp zelf ziet dat anders: eventuele bewijsproblemen moet men in het bewijsrecht oplossen, niet in nieuwe aansprakelijkheidsvormen.¹⁹ En als schuld niet kan

worden bewezen, moet de aansprakelijk gestelde partij vrijuit gaan. Dat is 'fair' en spaart kosten.²⁰

Bergkamp meent dat risicoaansprakelijkheid ook niet gerechtvaardigd kan worden door het doel van kostenreductie. Dat over de schuldvraag niet meer behoeft te worden gedebatteerd, moge een besparing zijn, maar die wordt tenietgedaan door het gegeven dat meer gevallen tot aansprakelijkheid leiden (p. 147). First party-oplossingen zijn veel beter, want goedkoper om uit te voeren en sneller af te wikkelen. En ten slotte: risicoaansprakelijkheid drukt op de bedrijfswinsten, neemt prikkels tot investeren weg, en dat leidt ten slotte ook tot een slechter milieu en hogere werkloosheid...²¹

Ik vind dat dit betoog een hoog 'van-dik-hout-zaagt-men-planken-gehalte' heeft. Het verschil in administratiekosten (ook wel transactiekosten genoemd, maar voor rechts-economen is die term waarschijnlijk minder juist) wordt gebaseerd op ervaringen met het Nieuw-Zeelands 'no fault'-compensatiesysteem en voor het verschil in snelheid wordt verwezen naar Atiyah's *Damages Lottery*. Beide referenties betreffen de afwikkeling van letselschade binnen de common law.²² Zonder nadere toelichting, die ont-

breekt, kunnen deze bronnen niet worden toegepast op vergoeding van milieuschade (welke?) door risicoaansprakelijkheid (welke?) binnen een bepaalde jurisdictie (welke?).²³ En het verband tussen risicoaansprakelijkheid en verhoogde werkloosheid kan in zo abstracte zin natuurlijk niet worden aangetoond: het hangt af van de aard van de aansprakelijkheid, de omvang van de schadelast en de frequentie, om van de economische structuur van het desbetreffende land, de juridische kaders en bedrijfseconomische cultuur nog maar te zwijgen.

De vervuiler betaalt ten onrechte tweemaal en dus moet 'regulatory compliance' als verweer kunnen dienen

Een volgend thema van de schrijver is dat van het 'tweemaal betalen'.²⁴ De industrie investeert veel geld om de milieu-eisen die publiekrechtelijke regelgeving stelt, te vervullen. Bovendien worden algemene en bijzondere belastingen betaald waaruit de sociale kosten van vervuiling worden vergoed. En ten slotte vergt het aansprakelijkheidsrecht dat de vervuiler *nog een keer* betaalt als zich toch nog schade voordoet, zonder dat het de vervuiler werkelijk is toegestaan om zelf keuzes te maken ten aanzien van de

15. Waarmee ik doel op de gangbare opvatting dat de kosten voor het treffen van een voorzorgsmaatregel niet hoger mogen zijn dan de te verwachten schade, vermenigvuldigd met de grootte van de kans dat het schadelijke voorval zich zal voordoen. Door de Amerikaanse rechter Learned Hand (*United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169, p. 173) werd aan deze opvatting rechtstreeks de maatstaf voor schuldaansprakelijkheid gekoppeld, en in essentie deed de Hoge Raad hetzelfde in het *Kelderluik*-arrest. Zie o.a. C. C. v. Dam, *Aansprakelijkheidsrecht een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom 2000, nr. 801 e.v., R. Teijl en R. W. Holzhauser, *Wisselende perspectieven in de rechts-economie*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 95–96, p. 241 e.v.

16. P. 78–79, p. 95, p. 129 e.v.. Op p. 134 e.v. voegt Bergkamp eraan toe dat risicoaansprakelijkheid niet meer prikkelt tot R&D dan schuldaansprakelijkheid. Algemener (p.

137–138) leidt R&D tot algemeen toegankelijke milieu-informatie, dus dat stimuleert evenmin. Op p. 331 voegt Bergkamp eraan toe dat het leggen van aansprakelijkheid op een ander dan de veroorzaker evenmin zinvol is.

17. Blijkbaar is het empirisch materiaal dat voorhanden is, niet concludent. Zie M. Faure, *Deterrence, Insurability, and Compensation in Environmental Liability*, Tort and Insurance Law, Wien: Springer 2003, p. 332 e.v., met verdere verwijzingen.

18. W. H. v. Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2003, p. 4.

19. P. 149–150.

20. P. 149, p. 153–154.

21. P. 150–151. Overigens moet worden gezegd dat inefficiënties bij risicoaansprakelijkheid goeddeels lijken samen te hangen met het insolventierisico, en tegen dat risico zijn natuurlijk voorzorgsmaatregelen – bij-

voorbeeld verplichte verzekering – te treffen.

22. Een ander voorbeeld daarvan biedt p. 207: blijkens voetnoot 29 baseert Bergkamp zijn stelling dat de overheid veel beter in staat is om zich een beeld te vormen van de relevante risico's dan de rechter, op de ALI-discussie over enterprise liability for personal injury. Die discussie kan, zo lijkt mij, niet zonder meer worden getransponeerd naar Europese (milieu)aansprakelijkheidsstelsels.

23. Bovendien nuanceert Bergkamp op p. 233–234 in zekere zin zijn standpunt, waar hij stelt dat ook publiekrechtelijke instrumenten (maatschappelijke) kosten met zich brengen.

24. Bergkamp bouwt hiermee voort op zijn Rotterdamse oratie, L. Bergkamp, *De vervuiler betaalt dubbel, over de verhouding tussen privaot en publiek milieurecht*, Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 1998.

instrumenten waarmee hij de milieudoelen bereikt. Dit alles is 'unsatisfactory' en het draait de industrie de nek om.²⁵ Bergkamp concludeert daarom dat aan aansprakelijkheidsrecht geen aanvullende functie behoort toe te komen naast publiekrechtelijke regulering: de vervuiler zou dan ten onrechte tweemaal moeten betalen.

Samenhangend met dit standpunt meent Bergkamp dat aan de vervuiler het 'regulatory compliance'-verweer behoort toe te komen. Dit fenomeen is in het Amerikaanse recht veelvuldig bediscussieerd; het komt neer op de vraag of het naleven van een publiekrechtelijk regelen vergunningstelsel tot immuniteit voor aansprakelijkheid moet leiden. In ons land was dat nog niet uitgebreid bepleit, maar Huijgen ging Bergkamp bijvoorbeeld al wel voor.²⁶ Bergkamps standpunt is helder: de procedures waarbij milieuvergunningen worden verleend, bieden voldoende inspraakmogelijkheden voor derden. Het is daarom logisch dat als eenmaal de vergunning is verleend, de vergunninghouder meent te zijn gevrijwaard van civiele aansprakelijkheid. Als de desbetreffende daad naar publiekrecht is toegestaan en daarmee ook de milieurisico's waar de latere benadeelde mee wordt geconfronteerd zijn verdisconteerd, kan daarom geen actie uit onrechtmatige daad worden ingesteld.²⁷ Dit bevordert rechtszekerheid, vermindert de foutmarge bij rechterlijke uitspraken, en is voorwaarde voor een uit-

gebalanceerd milieuaansprakelijkheidsrecht.²⁸ Concreet betekent dit volgens Bergkamp dat naleving van een resultaatsvoorschrift (bijv. een lozing niet groter dan 200 mg/l) tot immuniteit tegenover benadeelden leidt, als bij het voorschrift hun belangen verdisconteerd zijn.²⁹ Ik denk dat het standpunt van Bergkamp in zekere zin het geldende recht weerspiegelt,³⁰ zij het dat enige rek zit in de vraag of een regelgever in een concreet geval daadwerkelijk de belangen van potentiële benadeelden heeft verdisconteerd.

Bergkamp bestrijdt met verve de tegenargumenten tegen immuniteit; opmerkelijk is zijn stelling dat overheidsaansprakelijkheid een grotere betekenis zou moeten krijgen bij milieuschade: Bergkamp meent in essentie dat publiekrechtelijke regels moeten worden gehandhaafd en dat schade door niet-handhaven op de overheid moet kunnen worden verhaal.³¹

Bergkamp ziet voor aansprakelijkheidsrecht een restfunctie weggelegd voor die gevallen waarin nog geen regulering heeft plaatsgevonden: waar geschreven regels zijn, treedt de norm van ongeschreven zorgvuldigheid terug.³² Een mogelijk zwak punt in het betoog van Bergkamp is dat het niet duidelijk is wanneer het 'regulatory compliance'-verweer opgeld kan doen; geldt het bijvoorbeeld ook voor die gebieden waar de overheid slechts enkele, geen enkele, verouderde of in het geheel niet gehandhaafde regels heeft gesteld?³³

Aansprakelijkheidsrecht volgens Bergkamp

Aansprakelijkheid is een inefficiënte manier om tot zorg te prikkelen en schade te spreiden.³⁴ Een staat dient ter verwezenlijking van milieudoelen de voorkeur te geven aan publiekrechtelijke regulering: de wetgever heeft meer expertise dan een civiele rechter in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure heeft (p. 205–207). Een juiste afweging kan in wezen alleen door de daartoe geoutilleerde regelgever geschieden. Rechter hebben de tijd en middelen daar niet voor; zij moeten zich dus beperken tot het handhaven van verworven rechten (p. 80–81). Risicoaansprakelijkheid die iets toevoegt aan schuldaansprakelijkheid, kan alleen maar compensatiedoelinden dienen, en daar zijn betere alternatieven voor.³⁵

Het verbaast niet dat volgens Bergkamp een wereld zonder aansprakelijkheidsrecht goed voorstelbaar is (p. 259). Een beperkt regime van schuldaansprakelijkheid, dat in minder gevallen toegang tot de 'deep pockets' zou verschaffen, 'would be as perfect as law gets in our imperfect world'.³⁶ In deze wereld zou de verantwoordelijkheid voor verwezenlijking van milieudoelen goeddeels bij de overheid en haar publiekrechtelijke instrumenten liggen. Er zouden minder aansprakelijkheidsrisico's voor de industrie moeten zijn, en meer voor de overheid.³⁷ De overheid zou min of meer risico-aansprakelijk moeten zijn als deze haar regels niet hand-

25. P. 63 e.v.

26. W.G. Huijgen, in: *Quod Licet* (Kleijn bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 135 e.v., dezelfde, *AAe* 1997, p. 330 e.v. Vgl. de literatuur genoemd in losbl. *Onrechtmatige Daad*, art. 162, lid 2 (Jansen), aant. 75 e.v.

27. P. 241. Dat geldt volgens Bergkamp ook als de publiekrechtelijke norm ondermaats is: 'ineffective regulation is a problem, but liability will not ameliorate it' (p. 242).

28. P. 272.

29. Voor voorschriften waarbij de vergunninghouder de vrijheid heeft om de middelen te kiezen waarmee hij het verplichte re-

sultaat bereikt, behoort aansprakelijkheid wel tot de mogelijkheden (p. 254).

30. In die richting wijzen althans HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 420 (*Staat/Zaadnoordijk*) en HR 3 november 2000, *NJ* 2001, 108 (*Bulkservices/Groenewegen*). Zie G.A. van der Veen, 'Aansprakelijkheid in het omgevingsrecht', *Tijdschrift Omgevingsrecht* 2003/1, p. 4–6.

31. P. 252.

32. Bergkamp geeft hiermee geen oplossing voor de veelvoorkomende gevallen van vage publiekrechtelijke normering.

33. Bergkamp geeft zelf aan dat het verweer

geldt in geval van 'sufficiently detailed regulatory standards' (p. 271), zonder uit te werken – hetgeen ook niet gemakkelijk zal zijn – wanneer daar sprake van is.

34. P. 151. Ik merk op dat deze conclusie op het eerste gezicht op gespannen voet staat met de stelling op p. 186 dat Frankovich-aansprakelijkheid de Europese lidstaten tot tijdige implementatie prikkelt.

35. P. 260–261.

36. P. 355, citaat op p. 357.

37. P. 366.

haaft.³⁸ Of die wereld werkelijk ideaal is, vraag ik me af: er zou wel eens een andere staat kunnen ontstaan dan het Bergkampiaanse ideaal van de nachtwakersstaat.³⁹ Er zou – ik speculeer, een onder rechtseconomen gangbare methode – een overmatige handhavingsdruk kunnen ontstaan,⁴⁰ een toename van participatie van derden aan vergunningsprocedures, de neiging van civiele rechters om aansprakelijkheid aan te nemen voor niet-reguleren, ‘defensive bureaucracy’ bij vergunningverlening, en zo verder.

Misschien moet aansprakelijkheidsrecht wel worden gezien als het minst slechte instrument om meerdere doelen tegelijk mee te verwezenlijken,⁴¹ en misschien moeten we ons niet blindstaren op de doelen die een staat met aansprakelijkheidsrecht kan hebben. Wellicht is het ook goed om ons af te vragen welke behoefte *burgers* hebben, zoals de behoefte aan genoegdoening en beantwoording van de schuldvraag.⁴² Hoe zouden we zonder aansprakelijkheidsrecht die behoefte vervullen? Schadevergoeding lijkt soms ook een middel om in niet-geldelijke behoeften te voorzien waar first-party-voorzieningen niet in kunnen voorzien. In dat licht lijkt het verstandig om ook bij mi-

lieuaansprakelijkheid in elk geval onderscheid te maken tussen bescherming van ‘public goods’ en ‘private goods’. Voor ‘private goods’ zal aansprakelijkheidsrecht in enige vorm een functie voor het maatschappelijk verkeer moeten blijven vervullen. Verdedigbaar is mogelijk wel de stelling dat aansprakelijkheid ter zake van schade aan ‘public goods’ minder voor de hand ligt en dat voor die schade publiekrechtelijke instrumenten moeten worden ingezet. Maar in die sleutel is het betoog van Bergkamp niet gezet, zodat hij in wezen recreatief-genotschade wegens milieuaantasting op één lijn stelt met waardevermindering van een verontreinigde onroerende zaak.⁴³ En ik denk dat dat onderscheid hier juist heel belangrijk is.⁴⁴

Oordeel over het boek

Bergkamp vraagt met dit boek aandacht voor belangrijke thema’s. Het boek verdient lof vanwege de taalkeuze, het interdisciplinaire karakter en de vergelijkende opzet. Maar zoals gezegd heeft het boek ook minder goede eigenschappen. Zo krijgt het, mede door het veelvuldig gebruik van ongenueanceerde ‘oneliners’ (zoals: ‘what is good for industry must be good for every one’

op p. 566), bij tijd en wijle sterk het karakter van een politiek pamflet en ontbeert het op een aantal plaatsen wetenschappelijk verantwoorde nuance. Wat mij in dit verband stoort, is dat Bergkamp zonder nadere bedenking of restrictie, algemene betogen uit de rechtseconomische en juridische literatuur toepast op het fenomeen milieuaansprakelijkheid. Zo worden gangbare opvattingen over ‘strict liability’ en ‘state liability’ in het algemeen toegepast op milieuaansprakelijkheid zonder dat duidelijk is over wat voor soort milieuaansprakelijkheid we het nu precies hebben, zonder dat duidelijk is of de schrijver zich ervan bewust is dat (m.n. Amerikaanse) rechtseconomische literatuur over Amerikaans aansprakelijkheidsrecht (en dan met name de letselschadehoek, met ‘corporate liability’, juryrechtspraak en punitive damages) niet zonder meer kan worden getransponeerd naar Europese stelsels van milieuaansprakelijkheidsrecht,⁴⁵ en zonder dat altijd een duidelijke relevantie van het betoogde voor milieuaansprakelijkheid aangetoond wordt.⁴⁶

Ik geef Bergkamp graag toe dat de kritiek van de rechtseconomische literatuur vaak overtuigt, en zeker altijd tot nadenken stemt, zo-

38. Bergkamp spreekt zelf van een objective fault-aansprakelijkheid (op. 359), maar gezien zijn verwijzing naar Frankovich-lijn lijkt risicoaansprakelijkheid een beter woord. Ook acht Bergkamp de beperkte financiële speelruimte geen verweer tegen aansprakelijkheid (p. 360).

39. P. 546 e.v.

40. De ‘actio popularis’ (p. 512) kan daar n.m.m. niet aan afdoen: als de overheid kan worden aangesproken voor gebrek aan handhaving, zal de druk om te handhaven niet worden weggenomen door het toestaan van deze actio.

41. Bergkamp noemt Calabresi (p. 117) die het zo heeft gesteld. Bergkamp zelf vraagt zich af – tot op zekere hoogte terecht denk ik – waarom we meerdere doelen met één instrument zouden willen dienen.

42. Over deze behoeften en corresponderende functies van aansprakelijkheid, zie men C.E. du Perron, preadvies NJV 2003, met verdere verwijzingen. Aansprakelijkheids-

recht is zeker meer dan alleen een instrument van overheidsinterventie, zoals Bergkamp op p. 553 lijkt te stellen.

43. Als gezegd geeft Bergkamp geen definitie van milieuschade, zodat het er soms op lijkt dat alle milieugerelateerde schade onder zijn betoog valt, en dan weer alleen ecoschade (bijv. schade aan res nullius). Op p. 261 bijv. wordt aan ‘environmental damages’ gerefereerd, in tegenstelling tot personen- en zaakschade. Uitgebreider is het betoog op p. 333, waar ‘natural resource damage’ wordt besproken, en helemaal helder wordt het op p. 525, waar Bergkamp alleen ‘economic cost’ als schade wenst te zien gedefinieerd. Hij herhaalt dit standpunt op p. 553–554.

44. Op het onderscheid wordt wel ingegaan door E.H.P. Brans, *Liability for damage to public natural resources standing, damage and damage assessment*, International environmental law and policy series vol. 61 The Hague: Kluwer Law International 2001, zonder dat Brans overigens de rechtseconomische vraag-

stelling inzake wenselijkheid van bescherming van ‘public goods’ door aansprakelijkheidsrecht te behandelen.

45. Op p. 331 bijv. wordt ‘lender liability’ genoemd, een rechtsfiguur die Europese jurisdicties bij mijn weten helemaal niet kennen. Pas op p. 540 wordt enige nuance ingebracht: ‘Some of these charges apply equally, albeit in varying degrees, to European liability systems’.

46. Een voorbeeld vindt men op p. 246: ‘Judge-made standards (...) often result in over-deterrence and excessive control of risk’. Empirisch bewijs voor deze zo algemeen geformuleerde stelling ontbreekt, behalve een verwijzing naar een *Amerikaans* boek waarin Amerikaans aansprakelijkheidsrecht en veiligheidsregulering aan de orde wordt gesteld. Het citaat van Bergkamp kan ook zonder meer worden betrokken op wettelijke regulering, want daarover wordt in Amerikaanse literatuur regelmatig hetzelfde gesteld!

BOEKBECHOUWINGEN

lang men in het achterhoofd houdt dat deze literatuur met name de gebreken van het *Amerikaanse letselschaderecht* betreft. Voor mij blijft onduidelijk hoe die kritiek getransponeerd kan worden naar (Europese) risicoaansprakelijkheid en milieuschade. Welke risicoaansprakelijkheid is nu het mikpunt van kritiek? Is het de door de Europese Commissie voorgenomen risicoaansprakelijkheid, of ook de in-

ternationale verdragen zoals CLC en HNS, nationale varianten, of gewoon allemaal? De ene risicoaansprakelijkheid is de andere niet: risicoaansprakelijkheid voor een relatief kleinschalig risico, met een overmachtverweer of gemaximeerde schadebedragen heeft een andere impact dan een ongelimiteerde en ongeclausuleerde aansprakelijkheid voor catastrofale risico's of veelvoorkomende ongevallen. Ook is

van belang welke schade voor vergoeding in aanmerking komt (*natural resource damage* wel of niet?). Bergkamp differentieert vrijwel niet,⁴⁷ en ook dat maakt het moeilijk om het eens of oneens met hem te zijn.

W.H. van Boom
Tilburg, mei 2003